

△ 翻 訳 △

ヨゼフ・エッサー『原則と規範』(六)

本稿は、JOSEF ESSER, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Rechts vergleichende Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre, 4., unveränderte Auflage (1990) の著者と出版社の承諾のもとに翻訳である。(但し、第一編四章第六節 3., unveränderte Auflage, 1974 以下のみ)

米 山 隆(訳)

目 次

- 第一編 私法における普遍的な法原則の現象形態と法思想の現象形態
- 第一章 題目の限界と意味
- 第二章 法律学的な原理の力の場合としての裁判官による法の形成（以上第一巻四号）
- 第三章 我々の問いかけの提起にとつての比較法の意味のために
- 第四章 普遍的法原理の概念と本性に関する暫定的仮定（以上第二巻四号及び第三巻一号）
- 第五章 実定的憲法原理の裁判官による法形成のための意味（第三巻二号）
- 第二編 法における原理の分類と類型決定の試み
- 第六章 狭義における法原理の類型（第三巻三号）
- 第七章 法発見の原理（本号）

第七章 法発見の原理

最後の平面において我々はより狭義における法原理と法律学原理、すなわち、（形式的ならびに実体的な）法の原理と（技術的、法の技術の）法の取り扱いの原理とを分離する。⁽⁸⁶⁾この区分は、我々が、より正確にいえば、法発見の原理の発見の性格、解釈の規

S.108

則、立証責任の分配の規則などのことを考えると、物的に、また、決定的に、最初に目に映るのである。じつに、視角のみが原理の資格を決定する。歴史的に考察すれば原理は裁判官による法の叡智からの客観的な法の発生の基礎とみられる。非歴史的であるが、社会学的な把握もまた、保護目的にふさわしい思考技術と手続技術の規則を幾重にも変遷しうる「実定的な」規定から物的な規範獲得の際における本質的条件として存立を可能にする要因とみるのである。制定法実証主義のみが、その体系の需要をもって、あまりに急いで、法の拘束的なもの、及び、「純粹に」実用主義的なもの、法の内容的なもの、及び、「単に」教理的なものであるいは、技術的なものとの間に限界をひくのである。しかしながら、現実の統一はあきらかに目にみえて法典化されない法域に、すなわち、イギリスのケース・ローのなかに存在しつづけるのである。訴権思考から「法原理もしくは法適用原理」の問いかけは一般に我々の意義において定立されるのではない。その理由は、ここでは実体的な市民法大全の完結された存在から出発していないからである。すべての規則は、多かれ少かれ、規則通りに取り扱われた法律上の条文からできた創造である。リーディング・ケースイスにおける規則の発明の際、この発明はこの方法の訂正以外のいかなるものも自由裁量の悪意に対してまもることはできない。の中には自由裁量は言語傳統により確保されたものと考えられる。「定着されるや否や自由裁量は法であると思われる」。その場合にも、「定着した規則」の一種の引用が法律上の論法の原理に一致しないならば、このような規則の単純な呼びだしは題材にとって充分でないのである。同じことは教理、格率及びその他の分離された争訟決定を参照することについてあてはまるのであり、これらのものが「ひらかれた」判例法において一種の「法規範」にしたがって教義学の地位を代表するのと同じである。これらのものもまた、規則正しく使用されるならば、決定をうむにすぎない。その際、「学派」は、それが教訓的に把握されようと、あるいは、把握されまいと、技芸専門家の思考方式一般の標語である。教義学的な鋭い把握は欠けることがありうるのであり、承認された格率の、技術的な「法の原理」の体系に一致した適用はコモローの思考においてもまた放棄されえない基準である。⁽⁷⁰⁾

S.109

印象深く、あきらかなままに、本来純粹に技術的—実用主義的性格は国際私法の連結規則のもとにありつづけるのであり、この規則はそうこうするうちに法原理として承認されている。⁽⁷¹⁾この規則に関して、いかにして「規則」が単純な使用価値から徐々に法規範あるいは法原理の資質に濃縮するかということが示される。しかし、人々はこの規範、あるいは、この原理の歴史を知っているものであり、いかにして人々は「物所在地法」に関する古い属物的法秩序からますます物的な連結へつき進んだか、あるいは、必要な場合には、債権関係の「要点」のような漠然とした表象に頼ったかを知っている。ここで、例えば、SAVIGNY がこのような純粹に発見的な観点をもって開始したことは、純粹な身分階層の技芸の領域における国際私法規則の我々の自律的な教義学の基礎

づけより少ないものではないのである。今日もなお変遷は完結されていない。法原理と学問的原理とは混じって区別がつかなくなる。さらに純粹に発見学的な問いかけは、やはり、論争にひらかれている。この問いかけが国際私法の生命をつくっている。

教義学化、換言すれば、法的な秩序問題とその解決の合理化はそのことから、あらためて法創造的にはたらく。そこからまた「法技術的な」思考原理と「実体的な」法原理との区分は余計なことである。⁽²³⁾これらの一見実体的と思われる「法律学的事件」のいかなるものも、じっさいに、先在しているのではなくして、すべては、普遍的、包括的な事案からではなくして、特殊な、できるだけ多くの個別的事案から出発するカズイステイクな経験から獲得された「技芸」である。法律学的な経験を使用することに関する規則がなければ制定法は生命のないままにとどまっているのであり、また、経験から獲得された発見は無拘束のままに依然としてとどまっているのである。しかし、政治的立法者が不信を抱いているとしても、これらの規則が法に生成することを妨げることはできない。⁽²⁴⁾(Art. 5 C. C.)。自分勝手に思っている完結的な制定法の可能性の単純な発見と私法上の関連の単純な発見としての教理の給付を他人に損害を与えないようにすることは、また、非現実的であるであらう——これらの発想が実定的市民法大全に帰属することが否定されることほど著しく名譽でないことは、どんな場合にもないのである。すべての制定法の「素材」は、じつに、法律学的に発展した原理と学説からのみ生きているのである。SIMONIS がより新しいスイスの私法発展のための彼の事例を、法律行為的意思表示の題材における「意思原理」あるいは「表示原理」あるいは「信頼原理」のための闘争をもって始めたことは適切である。同様に中心的であり、いな、はるかに影響のあるのは、制定法の題材から完全にひきだされた基本概念に関する「理論的」把握である。その理由は、不法、債務、原因性等が準備してとのえられているからである。ここでは、いたるところと同様に、教理と実家の教智の法体系に対する貢献は、各々の考えられうる立法的規律の第二次的な構成ではなくして、第一次的構成一般であり、規律の前提であり——また、規律の生命である。その際、我々は、市民法として、ならびに、政務官法として、法曹法を法とならんで、つねに、導びいてきた独立的な「法の集団」から、やはり、目を轉するのである。我々にとってここで関心と呼ぶものは、規則の役割が法社会学的公理、理論格率のなかに、あるいは、鑑定、判決、報告及び、それ自体単純な事態の構成の学派規則のなかに「のみ」化体されているとしても、この規則の役割である。この役割は *Divvare* の分類の意義における「源泉の法」として「実定的な実体法」のかたわらにおかれるべきであって、完成した法曹法としておかれるべきではない。⁽²⁵⁾法律制度の一部としてのこれらの技芸規則の法的性質は、じつに、自然法的な思弁にもとづくのではなくして、経験的に実定的体系の各々の表現と効果によって確定されるべきである。⁽²⁶⁾

S.111

法適用・解釈・判決の理由づけ・法律学的な論理の技芸規則・「普遍的な経験にもとづく原則」及びこの原則の適用の技芸規則、⁽⁷⁶⁾ 例えば、「因果関係」⁽⁷⁸⁾のような「思考法則」及び約定による拘束的な直観範疇と判断範疇・訴訟上の格率と技術の技芸規則は、それが、既判力論のように、教理的に保障されていようと、それが弁論主義のように、歴史的な横顔を持っていようと、あるいは、それが、法問題と事実問題の分離のように、あきらかに、たんに手工業的な実家の叡智からのみ由来していようと——これらの技芸規則は、すべて、なんらかの法典に章典化された制度的な担保よりも少くもない「内在的な」、あるいは、「真正の」法概念である。⁽⁸⁰⁾ まさに法発見の規則はますます多岐にわたる注目の前面に歩みでているのであり、それは大陸の法律学もまた判決形成への「直観的な」関与（直観的感覺）を発見し終えて以来のことであり、そして今や（条文、体系、教理、比較法、法論理、制度史などからの）一種の理由づけにおいて、判決を高度の能力を備えた論証の領域から客観的な法「発見」の平面へ高める「客観的な尺度をさがさなければならぬ」ことである。⁽⁸¹⁾ この客観的な尺度は単に法技術と実用性の「附加的な」規則のみではないし、また、例えば、法の時間的及び空間的妥当の原理でもないし、あるいは、国際私法における連結の規則でもないし、人的、もしくは領土的拡大の規則でもないし、あるいは、国際法における妥当原理と順位原則でもない。⁽⁸²⁾ 単に特定の容態規則のより古い傳統とより大きな密度は「法」と「法の技術」の間の距離を歩みださせる。反対に、本来身分の倫理によって管理された職業上の技術の法であった原理、また、裁判官によってつくられた法の体系のもとで、今日なお「倫理」と自律的な「裁判所の規則」のもとで決定されている原理は国家的に承認された法典化された法秩序の一部に、しばしば、発展している。しかし、実際に実定的な市民法大全に所属していることは、原理は裁判所の充分な保護をうけているということ、衝突は非難にみちびくということをもって、既に、保障されている。終局的な吸収合併行為は原理を修正できるものとして承認することである。⁽⁸³⁾ 現代の訴訟法が修正しうる制定法違反に「法規範は適用されないか、または、正当に適用されない」（民訴第五〇條）ということ算へ入れることにより、法曹にとって法の技術のすべての原理を実定法へ関係づけるためのあきらかな権限が存在するのである。

S.112

S.113

2、法律学的な論理の原理は表面的な観察者のためには正義の決定とこのための決定の構成価値に関する原理の内容的な関係をかくすにすぎない。この原理はあきらかに決定された思考必然性の示唆のきまり文句を衡量する問いかけをまわっている。すなわち、「何人も自己の享有する以上の権利を、他人に譲渡することはできない」、⁽⁸⁴⁾「はじめに正しく建設されるものは、偶然の事故に陥ち入るとともに、はじめることができないものに解決される」、⁽⁸⁵⁾「譲渡がそれが始められた時に有効であったとすれば、その一方当事者のつづいて行われる次の行為、あるいは、不作為によって無効とされるのではない——たとえば、契約不履行における詐欺

行為⁽⁸⁶⁾、「種類は亡びなかった」⁽⁸⁷⁾、「不能な債務は無効である」⁽⁸⁸⁾、「災害は何人にも責任がない」⁽⁸⁹⁾などである。あきらかに価値公理、例

S.114 えば過失原理から出発してゆく実用主義の格率への移行、すなわち、例えば、「過失は債務を永遠化する」⁽⁹⁰⁾への移行は流動的であ

る。ここで、しばしば、民衆的な直観規則が教理的なきまり文句の前でより大きな役割を演ずる。格率、例えば、「他の者によつてなす者はみずからよくなすのである」⁽⁹¹⁾、「上級者が答えるよう、主犯をして答責せしめよ」⁽⁹²⁾などは、結局、教理の程度を獲得しているのであり、いなそれ自体「物自体が語る、事実推定則」規則であるような「規則」の程度を獲得しているのである。こ

S.115 では、その場合、純粹に発見者の性格が、教説におけるように、同時死亡者学説⁽⁹⁴⁾あるいは次の格言、「家父は婚姻が示すところのものである」⁽⁹⁵⁾におけるように、あきらかに目にみえるのであり、この格言はたしかにまた今なお法律学的な論理の一片として言

いあらわされることができ

いわれるように単純な技術的な法発見原理のもつ法規範の性質の価値判断のための決定的地位を立証規則と解説原則とがとりあげている。立証規則のもとでは、もちろん、所謂立証責任規則が問題であるのみならず、規則にしがって自由な確信形成の基礎として、したがって、実際の、決定的な裁判官の感覚的印象として承認されるべきものが問題である。立証責任規則でさえ、周知の構造の相違によれば、ローマ法にとっては実体法の一部である⁽⁹⁷⁾。わが国の民法典の父はたいして他と異なつて考えなかったということは、いたるところであきらかにみられるところである。じつに、普通法の法律家の知慧は実体的な法の規定と立証格率との間にいかなる区分も設けていない。例えば、「何人にも善意が推定される」⁽⁹⁸⁾、「立証責任は主張する者に帰属する」⁽⁹⁹⁾などであり、また、例えば、争訟関係自体を通して、あるいは、規則と例外の関係を通過して理由づけられる知慧の論理性は、証明形式及び証明結合の問いかけと反対に、この知慧をして普遍的な妥当に至るように手助けしたのであつた。

S.116 解釈原則は實際家の単純な複雑な規則よりもより以上のものであるということとは、拘束的な解釈一般の可能性のためのこの原則の中心的な意味から、たしかに、でてくるのであり、解釈の本質は明白な協定文の拘束とともに存立し、また、崩壊する⁽¹⁰¹⁾。それゆえ、実証主義的意義において、消滅した判定法への忠実の代位物の拘束しゆく解釈規制を固持する必要はない。我々は「規則」について語るのが通常である⁽¹⁰³⁾。ただし、民法第一三三条、第一五七条の規範のような規範は誤りを正すのであり、その理由は、我々は拘束的な解釈原理と解釈学の修辭学的な技芸論を投げ混ぜあわせるがゆえである。解説手段の階層秩序論⁽¹⁰⁶⁾もまた、我々が「適切」手段あるいは結論の秘密な選択のなかに横たわつて存在するごまかしに永遠におち入りたくないと思うならば、必要であるこ

S. 118

とはもちろんであり、この手段または結論を裁判官は本能的に使用する⁽¹⁰⁷⁾ので、その結果「解釈は、それゆえ、その成果のうみだす成果である⁽¹⁰⁸⁾」といわれたのは正しいことである。しかし、まずはじめに、あたかも容態命令のみが法規範⁽¹⁰⁹⁾（せいぜい「忍容命令」また「援権」⁽¹⁰⁹⁾命令でもある）であって、法発見命題や権利保護命題ではないかの⁽¹¹⁰⁾ように、前判断をすることが妥当する。あるいは、あたかも規範の資質は命題が法典化に一体となるということに依拠するかの⁽¹¹¹⁾ように、前判断をすることが妥当する。各々の解釈の内容を意思決定と価値決定にもつき明らかに示すことをもって解釈命題の法性はあきらかであり、また、たとえ我々がもはや第一九世紀の法典編纂の雑踏に属さないとしても、根源的な解釈原理の一覧表⁽¹¹²⁾、もしくは、少くとも若干の「簡潔な」主旨を優先させるその資質の再検討性は必要として明らかにされる⁽¹¹³⁾。

S. 119

もしも我々が、法たる資質はあきらかである、⁽¹¹⁴⁾と言うならば、我々は実定的な法集団への帰属を意味すると思⁽¹¹⁵⁾っている⁽¹¹⁶⁾のであり、必ずしも実体法の集団への帰属を意味すると思⁽¹¹⁷⁾っているのではない。権利保護規範ならびに法発見規範が第一九世紀の訴訟法学の意義において全く形式法もしくは訴訟法に数えられることが欲せられるならば、これらの規範はその生活機能においてあまりに一面的であると見られるであろうことはもちろんである。我々はこれらの規範のなかに一つの秩序圏を見るのであり、これに、他のところで浮き彫りにされた「実体的法曹法」という語が特別に適しているのである。しかし、これの一部であるのは権利保護形態と権利保護条件ではなくして、権利形成形態と権利形成規則、すなわち、実体法の司法による新形成の規則、しかもまた、たしかに「適用」及び「解釈」を通しての「現在の」実定法の司法による具体化と発展的形成の規則である。なぜかといえば、それはまたより広い実定化の意義における法形成であり、そこでは法が「適用される」のみならず、技術的には「適用可能」でない原理から⁽¹¹⁸⁾理法⁽¹¹⁹⁾と法思想（また、これらの到達距離と利用を決定してゆく規則の助けによって）が新しく文言化され、また、有効につくれるのである。

S. 120

判例法思考にとって規則の「適用」と「形成」の統一⁽¹²⁰⁾は自明のことである。法源は先例であり、——したがって無名の伝統の集団ではなくして、新しく規則を形成する各々の個別的な判決である。そこから避けることのできない、「実在学派」⁽¹²¹⁾と古典的なオースティン主義の法源教理の闘争、正しい決定をすることができないことにもとづくがゆえの闘争が説明される。成文化された法においても異なるものではない。ただ「制定法に対する忠実」の持続的問題は、ひらかれた司法による法源としての法の発展形成のみならず、生産的な解釈の性格をも秘密にかくす、あのかくれんぼ遊びに至るのである⁽¹²²⁾。我々にも知られた「規則をつくること」の技術にもかかわらず、この規則は事態の選択と「法の適用」の相互依存性を通じて条件づけられるのであり、それゆえにまた法

S. 121

規においても条文のなかに先例のなかにあると同様に定義的でなく「存在する」規範の絶えざる新しい評価を意味するのであるが、我々は、解説とは存在するものの単純な確認であり、条文と理^法との宣言的な秩序づけである、という叙述を、心配しながら固守するのである。そこから我々の理論は分裂に進んでゆく。すなわち、この理論は原理からの判決発見と同じく宣言的な認識行為として理解させるのであろうか。また、いかなる真理からの、いかえれば、実定法的な真理からの判決発見であるか、あるいは、自然法的真理からの判決発見であるのか。それとも、この理論は、ここで、すくなくとも、裁判官に二重の地位を承認させるのである、この地位を裁判官の法的権威が開かれた法の発展形成のもとで彼に事実上我が国においてもまた、はるか以前に創造していたのであった。それは法適用者と法創造者である。「法の発見」という標語はこの領域での方法的な混乱をうまくかくすことにきわめて適しているのである。その場合、いかなる裁判官の判決の表象がそのおりおりに適しているかということは、必要があれば、求められるかもしれないし、また、おそらく中途半端なことに至るかも知れない。すなわち、それは、「単純な」解釈が到達するかぎり、宣言的機能であり、「欠缺が充足」されるところでは、構成的機能である。これらのことは、同様に、スイス民法第一条第二項の究明の際にもあらわれてくる、おそらく、今日の慣用の見解である。しかし、法原理に直面すればこの命題のかわれやすさは目にみえるようになる。すなわち、法原理は実定法であるが、それにもかかわらず「適用されえ」ないのであり、しかるに、裁判官の判決は「創造的であり」——また、「欠缺」は全く存在しなかった。しかしながら、法原理が——まだ——承認されず、いかなる有効性も所持しない範囲において、それは、最初に、法倫理的要求にとどまるのであり、その実現を全く裁判官の判決の立法的機能が強めるのである。「認識され」ない原理をも自然法論の種類にしたがって既に「存在する」秩序体系の一部として交付することは「未知の神」の祭壇のような神秘的な身振りである。この事態を訂正することは我々の法原理にとって革命を起しゆく綱領を意味するのであり、この綱領は最もよく Duvaur⁽¹²⁾ によって提案された「法形成法」という原理を通しての我々の法源教理の補充をもって教義学的に顧慮されているのである。法発見規則は、その場合、司法による規範定立の憲法の一部であり、それは、ちょうど、立法権の歩み、殊に「基本権」に関する政治的体制の規則が議会による規範定立の基礎を形成するのと同様である。

3、解釈原理は各々の実定法の身体の一部であり、したがって、それ自体実定法であるということは、この原理は、証明規則及びその他の法の規則と全く同様に、特定の容態、手続、あるいは、企図を例示的に指図するのではないということ、すなわち、概念的に、あるいは、覚書的にある一つの事実「結びつける」のではなく、むしろ、このような内容的な拘束の代りに承認された指針にしたがう拘束を表現するという事実を通して、とくに暗くされるものである。しかし、何が実定的にのみ正しいとされた

S. 122

「正当な」解釈であるかは、再び、このような指針の図式によって決定されるのではなくして、解釈の選択は、反対に、解釈の対象の具体的な妥当要求とこの対象の承認された保護の必要と救済の必要のなかでの解釈の対象（遺言、契約、制定法）を通して、ならびに、このことをもって設定された解釈の目的（例えば、それが無効であるよりもむしろ有効であるように）を通して決定される。さて、これらの目的は最高の法的価値（例えば、法的安定性、公示性、定着性、他面において適応、具体的な相当性、法定立者の主観的な目的設定の顧慮）を代表するので、個々の事案に適用を要求する解釈原理の必然的な二律背反もまた存在する——このことは、一方では、個々の原理の拘束的義務内容を疑問にするとと思われるし、また、「単純な技術的な」技芸規則としての、個々の原理の、せっかちな過少評価に立ちいたるのである。

これらの二律背反のうち最も周知されているものは、現代の・取引慣行的な・人倫と法的確信の今日の状態に一致する意味、すなわち、具体化された表示の客観的な意義すなわち、規範と狭義における解釈の対象のみならず、この対象の成立史及び秩序によって権利を与えられているもののその他の容態を認識せしめる主観的目的設定との間に存在している。ここでは遺言の際の他の方法が（遺言の有利に）、法律行為の際の他の方法が（ドイツ民法第二三条）、客観的な秩序に高められた契約の際の他の方法（ドイツ民法一五七条）が提供されていることは、あきらかである。しかし、既に契約の際、秩序の「客観的な」相当性の要求と当事者の歴史的な意思の「主観的な」事後の模写の要求が必然的な衝突のなかにあるとすれば、さきに述べたことはあきらかである。

——この衝突というものを、我々は、ますます、裁判官による干渉の意義において、また包括的な契約を歴史的に「客観的に」承認するに値しない特殊性から解放する意義において解決するのであり、この緊張は、そうすれば、制定法の解釈の際、著しくより強いものであり、その場合、一面において「このようにしてみずから望むこと——」を全く異なる権威から尊重することが妥当するのであり、他面において、時とともに生きゆく秩序活動の精神的な独立性を顧慮してこの活動の、歴史的な発生思想からの独立性のより強い強調をまた必要とするのである。このようにして、契約、ならびに、特に制定法の一般的に承認された解釈原理（一見して調和的であるように見える。我々は、一連のあきらかに単純に遵守されるべき格率、すなわち、「不利益なことは制限的であるべきこと」、「例外は推定されるべきでない」、「表現は単一、排除は二者択一」を見るのであり、それを疑う価値のあることはより詳しく見詰めればはじめて光となつて洩れてくるのである。すなわち、何が「不利益なこと」であるか、何が「例外であるか」、何が「表現されて」いるかを誰が決定するのであるか——また、いかなる実定的な法規にしたがつてこの決定が行われるのであるか。司法による法制度の基礎への問いかけをもって、その場合、傳來の法源論の地平線が踏み越えられることはもちろんであ

S. 123

り、また、「実証主義」と「自然法思考」の二元論的な「あれかこれか」の見地は見捨てられる。技術的にこのことを拒否していることは、最も驚くことには、そのおりに、さらに、固有の「源」に復帰することを求める試みの際に、また、例えば何か条文のなかに「表現されている」かは、「関連」から、あるいは、「文脈」から生ずるということを主張する試みの際にあきらかになる。⁽¹²³⁾しかし、誰が関連を決定するのであるか、誰が文脈の一部であることを決定するか、また、何にしたがって決定するのであるか。解釈の「有効性」は、より多くの利益が対立するあるものを「有効」として文書で確認するならば、いかにして所謂基準として確定されるのであろうか、「よりよきもの」という疑問のなかで」の害のない格率を身を投げだして保護するならば、何が「よりよいもの」であるかを、このような場合、何にしたがって価値判断するのであろうか。⁽¹²⁴⁾制定法、契約、あるいは、それ以外の実定的な秩序文書にしたがって、たしかに——しかし、条文にしたがって。意義にしたがって。いかなる意義にしたがって、所謂「自然の」意義にしたがって、「通常の意義」にしたがって、「あきらかな意味」にしたがって、あるいは、所謂歴史的に法定立者によって考えられた意義にしたがってであらうか。

S. 124

これが「客観的通用」——立法者の意思の究明という二律背反のなかに表われる実証主義的解釈態度の謎である。この謎は解消されないし、決して契約の分析で解消されないものであり、その際、やはり相対的に危険なく、継起する、根底においてかみあわない格率を並列しておくのが通常である。1、法条の顧慮——しかし、「非理性的、あるいは、不合理な」成果（「非合理的、あるいは、ばからしい結果」）⁽¹²⁵⁾があらわれないかぎりにおいてのみ、2、当事者意思の尊重、再び、この意思が客観的強行法と良俗に衝突しないかぎりにおいてのみ、3、「一義的に明白な」法条のあきらかに別箇の当事者意思に対する優越——何が「あきらかに」表現されているか、また、何がこの「あきらかな意味」の問いかけを価値判断するために引用されてよいかという点について一致するということを前提にして。このことは、今や、まさに、全く、あきらかでないので、「あきらかな意味」の教理は「通常の意味」の召喚と同様に矛盾にみちたままである。⁽¹²⁶⁾最終の棄（またそれとともに実際の解釈の基礎）は、依然として各々の事案において、法条からはなれた「客観的」尺度である。すなわち、信義誠実、⁽¹²⁷⁾一つの制度あるいは社会秩序の「目的」、⁽¹²⁸⁾または、資料を統御する「原理」である！。これらのものをもって、そのとき、円周が閉じられたのであった。あきらかな意味の教理は、実定的な法原理にしたがって先き取りされた評価、あるいは、事後に提供されるべき評価を要求するのであるが、国家的な実証主義は法倫理的に設定された自然法学派と同じくこれを行うことはできない。それゆえ、それは、あきらかな意味を解釈からとりさる試み、すなわち、この意味を弁明もなく、また、解釈の法則を「盲目に」適用する試み、真の事実を恣意に解釈する試みである。⁽¹²⁹⁾歴

S. 125

S. 126

史的方法は、今日的に保護に値する目的・解説されるべき条文の機能と課題を弁明することもなくして、この条文を人々がみずから確認しなければならぬ緊急事案において無力にみちびくのである。⁽¹³⁸⁾しかし、人々が条文の奴隷であることも、また、当事者の恣意・国家の恣意の奴隷であることも欲するのではなくして、信頼された法という道具の機能を確保しようと欲するならば、人々は社会的また政治的な（すなわちメタ法律学的な）価値決定への歩みに従わなければならないのであり、この歩みはいかなる技術によってもおおいにかくされないのであり、また、裁判官をして仲裁人たらしめるのである。このことは、まさに、「法律学的な」決定を欲する力によっておそれられ、また、厳禁されるのである。したがって、技芸的に厳格な・また・原理的に厳格な法思考の逃げ道のないこと（解決不可能なこと）につき文句がいわれるとしても、それは論理的でないのである。（第七章未完）

(66) 異なる意義において正義の原理と法律学的原理との間には分離される。vgl. die Terminologie bei Del Vecchio (N.II 156) Ann. Phil. (1934) 20, betr. le juste "und" le juridique" について、形式と実体のフリストテレスの範疇によれば、所謂「実体的に」ないし論理的に正義の要請に内在する評価思想もまた法律学的な秩序の仕方の形式的な原理に対して対立させられる。この二元的な表象を支持できないことのために以下の一六頁以下を参照せよ。

(67) 「技術的」原理と云うのは GENY (Science et technique en droit privé positif) 以来フリンズの理論の好んで使った表象である。vgl. BOULANGER (N.I 39) 60. しかしそれは、SIMONIS (N.I 24) 244 が正当に註記しているように、彼の方では評価原理の機能であるにすぎない。契約上の方式自由の原理、出損行為の抽象的通用性の原理、公示の原理、引渡主義など。異なっているのは歴史的に条件づけられた構造原理であり、この原理は特定の——物的に古くなった——制度の発展段階から今日の課題問題のなかへそびえ立っている。これらの問題と国民的な解決とは異なっているのであり、その理由は、例えば、契約における清算障害が双務契約の原理から、または、約因の原理から取り扱われるかどうかは実際の相異をうむからである（以下の二七頁以下を見よ）。例えば、訴訟法の実用主義的格率は、規則的に、構造に条件づけられ、また、イデオロギーに条件づけられており、うわべて同じ原理（適法証拠、審理の格率、直接性の原則等）を徴表する動機のしばしばの変遷のもとにある。

(68) 例えはその方法のためには次のようである。「権利保護の必要性」から論証されるのではなくして、「プレエートルは些事を心配しない」というような格率から論証されるのである。「錯誤論」から出発するのではなくして、「法の誤解は許るさない」という法格言から恐らく出発するのであり、これをもって人々は mistake の特定の事案を全く教義的ではないが、しかし合目的に制限するのである。vgl. Lord ELLENBOROUGH in Kelly v. Solari, (1841) 9 M. & W., 94, aber auch schon den alten Fall Bible v. Lumley, (1802) 2 East 469. (69) 外的な法律要件を持たないいかなる法規もなり、あるいは「心の状態」といふものは悪いものではない」ということが文言化されるかどうか、すなわち、「動機」と「行為目的」とが教義学的に分離されるのかどうか、あるいは格率が提立されるのかどうか、すなわち、「適法な

方法で適法なことをすることにおいていかなる法上の権利も侵害されない」またそこから「悪意の動機は民事訴訟の主題にされることはできない」ということが把握されるのかどうかは同じことになる (Cases in Am. Jur. 1. 420-425, Action, §§20-25)。

- (7) それこそ行為目的に対立している単純な動機に関する前述の教理を示している。非教義学的な教理の正当な適用もまた一つの規則の成果に対して基準を与えるものであり、それは「ひとしくよめられた権力者のなかに弁護すべき条件が存在する」というのと同じである。vgl. ANSON (N. II 60) 261, 彼は「真正な規則」を制限することのなかに民法第八一七条二項の対比する問いかけの際ドイツの教義学と同じ規程を物的に使用している。

- (71) MAURY (N.I. 111) 327-369 を参照せよ。これは「解決の方法論的原理」「教理上の原理」及び「資料を支配する法の原理」を統一する指示を伴っている。Ago の国家学説 (N.I. 111, I 227) に反対している。

- (72) So mit Recht HASAERT (N.I. 42) 35/36.

- (73) In "Hundert Jahre Schweizerisches Recht" (N.I. 24) 242.

- (74) それはあくまで DUVARA が意味を与えようとするものである。Vgl. Sources et normes du droit positif, Ann. Inst. Phil. I (1934) 88.

- (75) DUVARA は我々の「技術的原理」がその一部である彼の「法源」を誤解であり、またあまりに控え目であると呼んでいるのであり、「法源」はこの解決を表現する (一) 一設規程の合理的な体系である。

- (76) その構成的役割のために ENGISCHE CALOGERO の N.I. 181. 182 とそこに述べられた文献を参照せよ。事物の構造と論理学の均衡のために以下の一二以下。私に Schuldrecht (1949) 246 ff. の実際上の事例。事物論理学と言語との関係のため vgl. FORSTOFF, Recht und Sprache, Prolegomena, zu einer richterlichen Hermeneutik, Schr. d. Königsberger Gel. Ges., Geisteswiss. Kl. (1940). 言語の発見術をロープ的に誇張するとは——vgl. SAVIGNY, System I (1840) 206 ff. (211) ——自然主義において法発見の意思的要素を反対に強調しすぎる結果になった (BULOW, ISAY u.a.m., vgl. unten N. IV, 12 u. 84). SCHÖNFELD における「新ロープン」的反撃については 134 ACP (1930) 99. Heck における明快な叙述 vgl. Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz (1932) 116 ff. 今日の直観の状況のために vgl. SCHUBERLE, Rechtsanwendung (1951) 28, 41.

- (77) これらは今日普遍的に「大前提」として「またそれととも」改訂している規範 (一) として取り扱われており、vgl. ROSENBERG, Lehrbuch (1949) 580 ff.; STEIN-JONAS-SCHÖNKE, Ann. I. 3 zu §550 und überall. 事象が「生活経験」にしたがうその意味と普遍的な目印によって検討されるかどうかは原則的に二つのことであるけれども、その際、解決の問いかけと人生の価値を評価することは気のつかないままに相互にあふれ流れている(専門家の問いかけ)。真実のことは生活に適合した前提的法性決定をすることである。ののしりのことは、衣服などが、すなわち、法技術的意義において(制定法の意義における)法性決定から分離しない取引の意義において問題であるかどうかということである。それゆえ、裁判官は符号であらわした尺度のもとで、また、白地概念のもとで社会的な規程とならんで、やはり特殊な法律学的な

規準をよく支配して自分のものとしなければならぬのであり、このことは、例えば、平和を乱すこと、過度であること、危害を及ぼさないことなどであり、あるいは、このことは、虐待、怠惰、または特定の法規の意義における歪曲である。裁判官の「不特定の法概念」の価値判断は、そのかぎりにおいて、一つのことばに事実問題と法問題を含んでいる。

- (78) 因果関係を問いかけることは「経験的選択原理」ではなくして、価値に関する選択原理を前提にしているところとは、今日、宇宙的に承認されているところである。(vgl. LEON GREEN, *Rational Cause*, 1927) この価値に関する選択原理は論理的構造にめぐらされているのではなく、便利性・機宜性及び常識の観点からめぐらされているのである。vgl. den berühmten Fall *Palgraf v. Long Island R.R. Co.*, (1928) 248 N.Y. 339; 162 N.E. 99; CARDOZO 及び ANDREWS の有名な持論意見を併せて、59 A.L.R. 1253, そのたるには LEVI, Cardozo and Frontiers of Legal Thinking (1938) 124-142. イギリス法では相対性の基準は主観的に文言化されるのみならず(予見性の規則) vgl. POLLOCK, *On Torts* [1941] 29, 主因の概念の remoteness of damage の概念のなかに我々のあらなるべきたりの表象が含まれており、これは我々の根絶せねばならぬ形相 "Unterbrechung des Kausalzusammenhangs" (因果関係の中断) に似ているのであり、イギリス法の相当性の基準は、この「我々のあらなる充分長く流れつた連鎖」(vgl. RGZ 50, 219; 69, 57; 72, 324; 81, 359 ufs., auch noch Wussow, *Das Unfallhaftpflichtrecht*? [1941]). 基礎をよめるものとして In *Re Polemis v. Furness Withy & Co.*, (1921) 3 K.B. 560, und *Hambrook v. Stokes*, (1925) 1 K.B. 156; zur USA-Praxis: 38 Am. Jur. (Negligence) §§49-84; 全く大陸の意義にめぐらした合理的な教義化の試み、Restatement of the Law of Torts, Bd. II Negligence (1934) Chap. 16, 430-453, Dazu unten Kap. XI, 2.

- (79) この(美定的訴訟法に基いて前提とされた)分離の必然性に至るところを強調せねば、vgl. ROSENBERG a.a.O. 644; STEIN-JONAS-SCHÖNKE, *Ann. B. zu §549; LENT, Zivilprozessrecht* (1947) 176; NIKISCH, *Zivilprozessrecht* (1950) 494; SCHÖNKE, *Lehrbuch* (1951) 369 u.a.m. すべて反して、この分離は、学問的にみれば、不可能であるところを個々のこのみで加えて認めらねば。vgl. N.77, ferner ENGLISH (N.181) 96 ff., 102 ff., GRAF zu DÖHNA, *Strafrechtsprozess* (1929) 187.

- (80) この「技術的」規則が美定的規範の義務拘束に参加するところを事実を「警告」することは無駄に骨折することであろう。これに反対しているのは既に RUPERT (N.I. 119) 649: 「そこには立法者によって裁判官に与えられた指示が存在するということ、また、これらは、法の規則ではなくして、論理の助言であるところとが支持されている。この意見は我々には正しくなるように思われる。その理由は、裁判官は解釈の自由を全く持たなければならない。」Beweis: Die Controle en cassation bzw. die Revisibilität.

- (81) Vgl. POLAK, *Theorie en practijk der rechtsvinding* (1953) 14, 19-45, 76 ff. 合理的判決要素と非合理的判決要素の二つの軌跡の発見とともに我々の立場は必然的に法発見の「形式と内容」の図式と法的安定性の保証としての教義学の役割に変化してゆく。Vgl. POLAK, a.a.O. 77 ff.

- (82) Vgl. BELLINI の論文 (N.I. 163). は、法の「内在的」原理のみを知っていることはもちろんである。その理由は、彼は「スコラ哲学的

に」設定し、また、階層的価値体系を各々の実定的秩序の基礎にしている。すぐれた点、「技術的」原理は実定的秩序の全体をつくる本質的部分として承認されている。「構成されていない原理は秩序の關係では以前にも以後にも存在していないが、しかし、それは、いわば、内在的な秩序それ自体の一部をいへる」(S. 229/230) 同様に既に Brugel (N.I. 34) 164, 及び Bosco, *Lezioni di diritto internazionale* (1941/42) 156.

(38) 發展はいつかはまた停止してはならなかった。再検討のための基礎としてあるライプツの決定は RGZ 99, 77 以来定着した判決のなかにみられる。OGHBrZ, MDR 1950, 156 もやはりまた「同じ RGSt 61, 164 及び 64, 352 以来継続していることを参照。再検討しうる原則の拡大は一步一歩行われている。やはり解釈規則の再検討のためには RGZ 104,30 を参照。この再検討は、この規則が「それらの側で再検討をなした法から流れでる」ときとのみ与えられるべきである。この逃げ道は循環論証として容易にのぞいてみられるところである。その理由は、この解釈規則が実定法に帰属するように、それが定着した実際として承認されるとき、この規則は再検討しうる実定法から「流れでる」のである。

(84) このような文言は、種々なる問題解決のために、物権法において、譲渡法において、特別財産形成の法などにおいて、じつに、たんに債権法的拘束のもとに警告の叫びを惹起したのである。vgl. WAHL (N.II 65) 191, No.39.

(35) 所謂混同原理 Sog. Konfusionsprinzip, vgl. meine "Rechtsfunktionen" S.146 ff. 同質の分断をともなっているが、全く準用できるもの(vgl. Nash v. De Freville [1900] 2 Q.B. 72) へギリム „merger" の理由で、¹⁾「その理由は、人は自分と契約することはできなく」(ANSON [N.II 60] 379)。「権利と義務の結合による免除」の現代的教理のために vgl. WILLSTON, A Treatise on the Law of Contracts²⁾ (1938) 1875, und das Restatement of the Law of Contracts, sec 443.

(39) Vgl. 19 Am. Jur. 62, Equity §38; S. auch unter Cancellation of Instruments³⁾, 9 Am. Jur. 386, §821 ff.

(37) 普通法教理の類型「これは、じつに既に既に広く持ち運ばれた題材的に制限された源泉からの教説による果実は何であったか」ということを書かれた攝理の明澄さのもとにとらえており、困難と不能の註釈者の区別にむきついている BARTOLUS の始源的把握のために(困難は債務を高めないが、しかし、延引につき言ひわけをする Accursus zur Gl. der D.12, 1, 5.) vgl. MEIJERS (N.II 90) 102 ff. 111 ff. BARTOLUS 以来不能においても履行強制はもはや全く否定されるのでもなく。また、遲滞の請求にしがたつて区別される。近代法における作用効果のために HEYMANN, Das Verschulden beim Erfüllungverzögerung: Festgabe für Enneccerus (1913) 125 ff. Dasselbst 160 ff., weiteres zur Entwicklung der Lehre von der Unzumutbarkeit.

(38) 民事法はこの歴史的に(上述を見よ)条件づけられた原理とともにコモローとは異なる他の土壤の上に立っているものであり、このコモローは約束者の有利のための推定をすることなくして、危険問題を具体的に注目している。vgl. WILLSTON a.a.O., VI, §1979, S. 5563. 「コモローは反対の原理から出発するのであり、この反対の原理とは約束者が、約束がもしそうでないならばという条項の範囲内におおむねということ、あるいは黙示の条件があるということを示すことができないならば、約束は拘束するということである。」「条件」はここで(担保との関

係におけると異なつて)ローマ法的な意味を持っている(以下の第一八章参照)。したがって、危険を負担するのは説明者であり、それは、事情が留保を生ぜしめない場合、あるいは「正しく承認せしめない場合であり、これは相手側にある困難を自分一人が知っているのと同様である。類似のことである」。vgl. Hills v. Sughrue, (1846) 15 M. & W. 233; Barker v. Hodgson (1814) 3 M. & S. 267, und Jacobs v. Crédit Lyonnais, (1884) 12 Q.B.D. 539. 後発的無過失の不能はそれに反対に免責する。現代の「我々の体系論にまねてつけられた区別のために」WILLISTON a.o. §§1932-1935, 及び §1937, 1963 及び危険分配のためと不確実事実の黙示の条件の技術のための 1972A を参照せよ。

(88) そのため *meine "Entwicklung und Grundlagen der Gefährdungshaftung"* S.45, 69 ff. "casus" (原因) の概念は損害原因としての人間の行為から出発し、人に關係のない "Zufälle" (偶然の事故、単に神祕主義的な人 (vadhavoek) への帰責を通してのみ把握している。現代の事故法において同様に神祕的であるのは "Betriebsgefahr" (企業危険) の帰責である。Esser, *ibid.* S.18 ff., 112 ff.

(90) 過失教理の一部、その契約信義との闘争は一九世紀にはじめて決定された。この Paulus, D. 45.1.91.3 から推定された法診の発展段階のために *HEYMANN a.o.* 25 を参照せよ。また、この法診の改正の試みは決して休息に至ることはなかった。いかに多くの場合普通の発展が歴史的な法源の真理から独立に進行したかについては *GENZMER, ZSS rom.* A. 44, 99 ff. を参照せよ。批判性のないローマ法的な伝統はすでにやぐまなごしを狭くした。同様であるのは、例えば、利益の調整と損害の調整の理由のない拒否であり、それは、あるいは、その他、相当な給付の代位であるとき、この調整が面倒でないかぎりにおいてである。この調整は、例えば、イギリス法の目的不到達教理のもとで可能である。我々はここで後発的不能(行為基礎の脱落の「脱統一」的取扱)に至るといふことは考えうることである。vgl. Mejer-Ers, *La force obligatoire des contrats et ses modifications dans les droits modernes: Actes du Congr. Int. de droit prive, Abh. des Inst. f. Priv. R. Vereinb.* II (1951) 100 ff.

(91) この法診は「我が国の民法第二七八条に準ずる特別規則が欠如しているところでは、特殊なイギリスの教理ではなくして、至るところで承認されている。例えば「一三三a条をオーストリア民法典につけ加えた一部改正以前の Österreich オーストリア最判民輯 *GRUNF* 13, Nr. 4906 の合名会社 OHG の判決を参照せよ。」「注文の実行はこのような場合において全く第三者に委譲されるのではなくして、受注者は注文の実行を、物理的に手をかけながらではないけれども、彼の履行補助者を通して、彼の機関として、みずから行うのである。このことから、履行補助者によって作業を実施することにおいて行われた損害行為は受注者の自己の行為として観察され、また、このようなものとして法的に評価されなければならないということが生じている。」

(92) 「免責の立証」は殆んどすべての法にとって周知のものではなく。vgl. WEIGERT, Rvgl. *HWB*, IV (1983) 43 ff. 50 ff. 特に *パニングロ・アメリカ法とフランス民法* 一三八四条は §831 BGB の不幸を避ける。その非社会的作用効果と改正のため。vgl. S. 50-63, 91 des *ArbBer*, Nr.14 der *AKDR und ENNECCERUS-LEHMANN* (1950) §26 IV, 109. そのためは「我々が §831 BGB に満足する以上」Art. 55 OR に満足していないスイスにおける平行的発展。スイス民法典の実際は非常に厳格であったので (vgl. WEIGERT a.o.)「改正は「必要な」注

意から「命ぜられた」注意をいへった。しかし、このことはあらためて要請を尖鋭化することに至ったのであり、vgl. v. Tuhr-SIEGWART, Allg. T. des SOR I (1942) §49, 380 ff. und SIMONIS (N.I. 24) 88. リステイットメント (Torts, Chapt. 15, Topic 2, §§416 ff.) は非従属的契約者の責任と従属的契約者の責任を分離し、前者は再び固有の危険な仕事、他人が代って行うことのできない義務（そのためには取引保険義務 Verkehrsversicherungspflicht）公共の場所における労働などにしたがって分けられる。

(93) 類型的規則「それでも正しき判決の技術（「一応の証明」と「実体」法は不可分に括弧のなかに入れられる。Vgl. meine Hinweise auf die anglo-amerikanische Doktrin und Praxis in JZ 1953 S. 130 und die Bemerkungen Wussows (N. II 78) 10, 20, 21, 22）」の証明は頑強に社会的「公平規則」の意義において濫用されているの（RGZ 126, 75; 127, 28; 130, 359; 139, 241 usf.）この証明はもはや証明命題として効果のあるものではなくして、「判定法とむすびつかない普通の公平規則である」。この正しい判決の技術は、「単に証明の規則であって、法の実体的規則ではない」という命題のなかにみられるという断言にもかかわらず USA-Praxis は異なるものではなら（so 38 Am. Jur. 994, Negligence, §§295 ff.）。

(94) Universal: Vgl. Wing v. Angrave, (1860) 8 H.L.C. 183.

(95) 法における社会的なものの生物学的なものに対する優位は、「父は常に不安定である」（PAULUS D. 2, 4, 5; vgl. schon Odyssee 1, 216）という今日克服された暗黒を通して正当化されるのみならず、目的の異状生殖、即ち、世襲財産思想、私的決定に対する尊敬の思想、社会衛生的及び経済的観点、親密な関係をあらわす責任留保の安定しゆく作用効果、これらすべてはこのような原理を独立に理由づける。

(96) 既に RUPERT (N.I. 119) 645 を参照せよ。「ここでは、各々の立法の本来の技術的規則に従う民事手続によって確立された証拠の管理が問題であるのではなくして、民法の底辺自体にふれる証拠の許容性の問題が重要である。なぜかといえば、裁判官にとっては真理を知らせること、また、裁判官の確信を引きよせることが重要である」。

(97) やはりスイス法に対するその影響を参照せよ（スイス民法第八条、「各々の当事者は、制定法が別段のことを定めていなければ、その当事者がその権利を理由づけるために主張している事実を証明しなければならない」）。

(98) 誰でも反対が証明されるかぎり財産を調べられる。その理由は「法秩序の性質はいかなる嫌疑にも規則として耐えないからである」vgl. JOSEBRAND, Cours de Droit Civil Pos. Fr. (1932/33), (3, A. 1938/40) I, no. 860; VOUDIN, La bonne foi (1939) 245; 生活経験が特殊規則、例えば、やり方の特殊規則を創造するところでは異なるのである。すなわち、「そのために捜し求めている者の間では悪意は容易に推定される」（VOUDIN, a.a.O. 246）承認された顕著な事実の事案。基本規則の明示の法典化は稀ではない。時効の法律要件に関するフランス民法三二六八条、さらに一般規則としてのスイス民法第三条において同様である。それに依拠することなく司法的に普遍的に承認されている一九二五年八月二五日の常設裁判所の第七の判決、すなわち、「権利の濫用は推定されないが、その主張の証拠を提示することはそれを主張する人に帰属する」。同様に、「公にされたことに反対して疑問がある場合において」（Aff. Wimbledon, Arr. no. 1, und Aff. Mayromantis, Arr. no. 5）あるが、「自由のためには好意的に」いつかといえば、主張された固有権あるいは固有の負担は固有の証明を必要とする。また

基本規則、「抗弁権のある被告が原告となる」を参照せよ。

- (99) 周知の「証明すべき重荷は原告に帰属する」また、「上記の方向転換の形式のより普遍的な言いまわし」。Vgl. RIPPERT (N.I.119) 646.
- (100) 常設裁判所 (Arrêt no.7, série A, S.72) は奇妙にも自由な証拠の評価を定款第三八条第三号の意義における普遍的原理と考えている。その証拠の評価に VERDROSS (N.I.36) 248/49 は従っているものであり、彼はここで制度の本質からの自然法的普遍的妥当の場合をみている。その際適法な証明と形式的な証明の体系はその歴史的—魔術的な根拠とともに死滅することにはなかった。周知のようにこの体系はローマ法において議論好きの訴訟観の一片として、また「法医学的な」根拠から(証書強制) 広く生きている。正しくは RIPPERT aa.O. 648.
- (101) LITTRE の「Interprète」の定義「あること」たしかな規則、または「推論によつて現実のあることは空想上の意味を与えることである」。解釈規則の拘束的秩序の必然性のために。Vgl. LAUTERPACHT, 43 Ann. Inst. Phil. (1950,1) 373 ff. und Lord BECKETT, ebd., 435.
- (102) Vgl. PLUCKNETT, L' interpretation des lois (statutes): Recueil Lambert I (1938) 434 ff. Vgl. namentlich S.441 zur englischen Texttreue als Folge der Emanzipation der Rechtspflege vom absolutistischen Machtsanspruch: 「基礎をいへばのが解釈である」(C.I.14, 12, vgl. auch C. Can. 31 X) 「旧法は解釈を持たず、また、前へもたらしめるか」また、Edward の伝承された遺言であり、彼は裁判官 Hengham に彼のつくった制定法の説明を禁止したのであり、その制定法は彼自身のみが知っているのである。その理由は彼がその制定法をもつてきたからであった。そこから、固有のイギリス実証主義は「あたかも人々が制定法のなかに存立していないものは何も知っていないかのような」態度をもって制定法のなかで法的權威をはじめて政治的權威から解放している。これに加えて「歴史的な」解説方法に対する反感があらわれることはもちろんいふべきあり (Vgl. WORTHLEY, Recueil Gény II, 22) 殊に制定法の準備作業 ("Motive" etc.) は通常出版されなかった。
- (103) Vgl. ENNECERUS-NIPPERDEY¹⁴ §51 I, 194 ff. 以下に「§242 BGB の規則に含まれた原則」の概念への事案に与つての移行、また、各々の固定化を避けることを伴つてゐる。Vgl. auch unten N. III 34/35.
- (104) 次の場合を参照せよ、すなわち、解釈の規範が補助的な「実体的」規律の衣をまといて与えられる場合 (例えば §§2066-2077 BGB)、それどころか、強行法規を述べる場合 (§§2087 BGB)、あるいは、解説が法定の法律要件の一部として登場する場合 (§§2085/86 BGB) である。同じ範疇、無効行為の転換の指示 (Konversion, §140 BGB)。
- (105) このような二様の意義 (Amphibolie) すなわち多義性のもつにおける解釈学の規則は、例えば D.50, 16 (生活の表現の仕方を特に承認してゐる) D.1, 3, 24 (命題の前後脈略における関連を遵守してゐる) D.33, 10, 7, 2 (遺言者のその他の説明と行為に重点を置いてゐる) D.2, 14, 39 (成立史を顧慮する) などにおいてみられる。とはいへ我々は常に応答の個々の事情を眼前に持つのである。規則はここでもまた古典法に知られていなかった。DONELLUS の註解の §§1-13 における第一の普遍的な編成¹⁵のちに、イタリアの、また、人文主義的思考形式において一〇〇を越える下位の分野に細分化される。Vgl. WALCH-ECKHARD, Hermeneutica iuris¹⁶ (1802). OTTO, Thesaurus iuris Romani

(1733) 44 Forster, *Interpres, sive de interpretatione iuris* 等の同時代人の有名な著作において、このような規則の100以上が目録に列挙していたと報じている。また、三四111のこのような規則を数えあげていた *Dissertation* につき知らせている。Vgl. Kiss, *Gesetzesauslegung und „ungeschriebenes“ Recht*: *Jher. Jb.* 58, 438 N. 2.

(106) そのため「国際法学者の一致する要求」特に Lord BECKETT, LAUTERPACHT 及び ALVAREZ によって引用された以下① N. II, 130-137 を参照せよ。更に ASCARELLI (N. IV 34 以下) 99 ff. が正しく提示した綱領「教義学的概念形成と法性決定の方法が関係させられている綱領を参照せよ。成果の秘密な前選別の遊戯と分離されて把握せられる「解釈手段」と「解釈成果」の信仰を除去する “canoni ermeneutici fondamentali” の同じ必然性のために」BETTI (N. II 51) 17 ff. この明らかに理由づけられた、分析、統合、現実性及び評価の統一の原理に對して任意に使われることができる解釈「手段」の、なお、今日愛好された拘束力のない叙述を参照せよ。この手段につき、何人も、何故裁判官がいつて一つのことを「使用」したのであつて、他のことを使用しなかったかを述べることはできないのべあり、それ以外に、このことは、確かに RADBRUCH (Einführung) (1952) 161) が、「テキストの創造的補充において既に発見されたことを……事後にテキストから理由づけるか」を述べるかに最も役立つがゆえである (Edenso BETTI a.o. 176 ff.)。

(107) 何が彼にとって学問の側からの順位の問いかけの親しいベールをかむせることを通して容易にされるかということ、例えば、次の方法のベールをかむせることを通して、「……法発見(また解釈)の際決定は規範体系の精神、評価及び利益衡量から発見されなければならないということ、決定は維持された教説と伝習を無視してはならない」、また、全体の支配しゆく文化観及び経済観と一致して存立しなければならないということ」を通じて容易にされるのである (ENNECCERUS-NIPPERDEY [N. II 103] 196. 歴史的な制定法忠実と今日的解説目的の間で浮動しつづめる「考えゆく従順」の無意義さのためには meine Besprechungen zu Du PASQUIER und MEIER-HAYOZ (N. I 44), auch schon Einführung, 183 ff.

(108) RADBRUCH a.o. 解釈手段の秘密な予備選択の技術について、また、解釈のために引用されてゆく事態に関して全予備選択過程の沈黙について注目されがちなものであるのではなくして、擬制が存続させられている。「まずはじめに事態が確定されるべきである。このことに関して訴訟法に原則的なことが含まれている。次には、正しい包攝を企てるために、基準を与える法規範を発見すること、また、その意義を決定することが通用する」(ENNECCERUS-NIPPERDEY a.o. 192)。

(109) Vgl. meine Einführung S. 138 ff.

(110) 固有の「権利救済」の我々の実体法上の制度におけると同様に、訴訟上の保護形式の意義において、従って、例えば、不作為の訴、不当利得の訴、妨害予防の訴など。

(111) 上述九四頁を参照せよ。この教説は決して陳腐なものではない。Vgl. noch BRUNS, *Übez die Objektivität der Rechtsprechung* (1949) 62 ff. 彼は制定法形式における全部の法のための「実定法的」解釈規則を拘束的と考えているのであり、また、誰がこれらの解釈規範のために再び解釈規則を「与える」かという問いかけにのみおそれをなすのである。それ以外の根拠からこの見解はイギリスの法域において保た

れらる。Vgl. Black, Handbook of the Construction and Interpretation of Laws⁸ (1911) 9⁹「構成の規則、あるいは、規範は、それらが明示して制定法(一)によって与えられているのでなければ、実定法の規則ではない。それらは法廷の権威にたよるのであり、また、それらは命令的に制定法が拘束すると同じ意味において拘束するのではない。」

(117) この点における主たる功績は Bobbio に帰属するものあり、彼は *La analogia nella logica del diritto* (1938) において根本的に思惟規則はいかなる法規則でもないという前判断を論駁した(S. 123 ff.)。

(118) 幸いにも削除された一八八八年の民法第一草案第一条を参照せよ。

(119) Vgl. §21 der „Grundregeln und Buch I eines VGB“ von HEDDEMANN-LEHMANN-SIEBERT (1942) und Art. 3 des it. Ges. v. 12. 12. 1938⁸ 後者はよく意味を与えられた *Monster-Rezept* をともなっており、これは制定法には、あきらかに単語の固有の意味、その関連——また、立法者の意図からできる意義以外の他の意義を賦与してはならないということである。歴史的な解釈方法と *clear sense-doctrine* との間の対立のために、次に述べることを参照せよ。

(120) 一つの命題の法的性質の徴表としての再検討性の意味のために vgl. schon WACH, Handbuch des Deutschen Zivilprozessrechts I (1885). 経験則の法規範たる性質のためには既に F. KLEIN in Abh., *Öst. Ger. Zeitg.* (1899) 73 ff., BRÜNNIG & Mainzer Dissertation⁹ „Die Revisibilität der Erfahrungssätze im Rahmen der Tatsachenfeststellung“ (1953) における司法の最も新しい叙述と価値承認評価。『制定法』の外部である解釈錯誤の再検討性の発表のため vgl. MANICK, Die Revisibilität der Auslegung von Willenserklärungen, in RG Praxis n. F. VI (1929) 98 ff. vgl. noch RGZ 152, 166; 158, 115; OGHZ I, 39 u. 1, 156. 「通常の」法の運用とこの概念のための法技術の意味のためには、一九五三年一〇月六日 Wien における民事手続のための国際会議の „Due Process of Law“ という概念を決定するための Ed. J. COURTURE/Montevideo の報告を参照せよ。

(121) Vgl. SALMOND, Jurisprudence (1947) 176: 「司法の先例はイギリスでは権威をもって述べる。それは単に法の証明ではなくして、法の源である。そして、裁判所はそのようにして定立されている法に従うように拘束される」。

(122) 上述の N. 53-61 に挙げられた著者を参照せよ。彼等は „Stare decisis“ — Doktrin (先例拘束力の教理) におけるコモン・ローの領域において判決自体の排他的法源力のための証拠を見るのであり、この判決の背後にはいかなる他の実定的普通法も存在していない。すなわち「原理も規則もそれら自体において法ではなく、また、それら自体を原因とする法ではない。それらは判決のなかに体现された言及の試験的説明以外のいかなるものでもない」と CARDozo, New York State Bar Address, *Select Writings* (1947) 21 は述べたものであり、彼は、つづきのうちに、「法リマリズム」のすべての片面性から、また「法の権威」の源としての „Stare Decisis“ — Doktrin の過大評価から、また「法律学的論理と概念的——教義学的管理の代りに裁判官の「警告」の過大評価から遠ざかっている」 vgl. S. 16 ff., 19 ff., 33 ff. 彼はまた裁判官による「立法」と議会による「立法」の間の平行線を実際的な推論のために使用している唯一の人であり、vgl. *Paradoxes of the Legal Science* (N. II 72)。

(11) Vgl. meine Bemerkungen in der Besprechung von Du Pasquier (N. I 69) 168. ところが、このかくれんぼあそびはイギリスの法域においてもまた存立するのであり、そこでは単に判例においてのみ判決の法形成力が承認され、他方では制定法の枠内で、法適用は純粹に説明的にして宣言的行為であるという擬制に固着することは我々のところよりもはるかに狭いのである。後述の一二九頁以下を参照せよ。

(119) 我々にとってもまた、「事案は規則のなかで存在するか」という包攝の問題は単なる論理的な問いかけではなく、また、解釈は単に確認的(認知的)行為ではなくして、つねに価値観によって意欲的に決定する(意思作用的)行為であるということも同様である。そのためには後述の第十二章五、二五六頁。

(120) Vgl. hierzu die treffliche Analyse bei ASCARELLI (N.I, 70) 41 ff. 特に五一—五六頁。

(121) DUVARA (N.II, 74)「かつ、彼の誤解のためには上述の N.II 75 を参照せよ。同様に RUPERT (N.I 119) 653 はみずからの「解釈に関する法」について述べているが、残念ながら体系的配列を欠如している。法原理としての承認に賛成するのは VERDROSS (N.I 36), ならぬ in Rev. Dr. Int. 1931, 446 ff., 同様に in Ann. Inst. Phil. 1932, 283 ff., 及び 1934, 484 ff., 同様に in Recueil Gény III, 383 及び in Recueil des Cours 1935, II, 185, 承認に反対するのは ROUSSEAU (N.I 34) 899。彼はそのために「それは、法的規則と論理的価値判断の規則とをとり違えることである」(一)という意見を与えている。「法律学的論理」の実定法上の機能を意識することは感謝することのできる課題である！」

(122) 法発見規則が規範の性質を有することは、私が見るかぎり、どこでも探究されていない。広く MERKL の Stufenbaulehre がとりあげられたのであったし、また、それ以外でもむしろ上位規範と下位規範(段階規則)が語られがちであることはもちろんであるが、改正しうる規定、すなわち、構成規範、あるいは、法発見規範これが上位規範の一部であるということは沈黙されている。法規範とは全く「大衆の権威の発露」であると理解するとすれば、どこにその場所が存在すべきであろうか。このようにして、この問いかけをとり扱うための有望な未来を語る端著るべき国家主義的実証主義のなかで窒息させられてくる。DABIN (N. II 22) 19 ff. を参照せよ。「構成規範」(構成規則)を実証主義は技芸の規則という規範と理解するのではなくして、私が (Einführung S.139)「組織規範」と呼ぶもののものを理解している。vgl. dazu DUGET, Traité 283 II (1929) 37 ff.

(123) 最もよい尺度はヘーグの常設裁判所の実務であり、定款第三八条第三号の意義における「文化国民によって承認された普遍的注原則」へのこの裁判所の態度は上述の N.I 112 及び II, 106 に名前があげられた国際法学者によって分析された。その際普遍的に承認された解釈規則の評価もまた顧慮された。vgl. VERDROSS a.a.O. 244-248. 決定手帖のより新しい巻 (Recueil des Arrêts) もまた重要な資料をもたらす。価値ある手助け、すなわち、ROUSSEAU (N.I 34) und das Referat von LAUTERPACHT, „De l'interprétation des traités“, auf der 12. Ausschußsitzung des Institut de Droit Intern. zu Bath, Annuaire de l'Institut Bd. 43 I (1950).

(124) Recueil des Arrêts (1947/48) 61 ff., 90, 101 ff., vgl. AZEVEDO in Recueil (1950) 27 (Dissenting opinion zum Avis v. 3, 3, 1950).

(125) Recueil (1935) 32 ff.

- (176) Nachweise bei LAUTERPACHT a.a.O. 402 ff.
- (177) VERROSS a.a.O. 244-248 zur Praxis der Cour Permanente.
- (178) Handb. d. Entscheidungen des Std. Gerichtshofs, Serie B Nr. 11 (zit. nach VERROSS).
- (179) A.a.O. Serie A/B Nr. 43, S. 144; VERROSS 44 Winbledon 事件の HUBER v. ANZILOTTI の異なる意見のなかで二人を引用しているが、この意見はまったく民法第一五七条の意義における裁判官の力に到る結果になるものであり、また、注目すべき仕方でも次のことをつけ加えるが、「さて、人々は矛盾した、または不可能な結論に至る理念、あるいは、事情によって、当事者の意思を越えるものと思われるものがないわい理念を適用することを欲したと想像してはならぬ」(一) (S. 245/246). それに反対して開放的であるのは LAUTERPACHT (N.II 123) 426.
- (180) A.a.O., Serie A Nr. 24; Serie B. Nr. 11. それで「客観的な」解説によってさき述べてきたように既に克服された資料使用の問題性あるいは準備された作業に帰してゆくのであるが、この問題性は宇宙的にきわめて大きい役割を演ずる、vgl. Recueil III (1935) 37 ff. — それに反して Serie B Nr. 14, S. 31. 人々が条文の「自然的意義」を変更しなくてはならないとすれば、予備作業の認識に復帰することはない(一)。同様に Serie B Nr. 10 u. 16, 「明らかな条文」にさかのぼることはいない。歴史的方法の意義における資料への節度にみちた支持点はますます多く古典的なイギリスの立場に対して貫らぬかれているように思われる (vgl. LAUTERPACHTS Feststellungen a.a.O. 390 ff, sowie seinen Vorschlag Nr. 2, a.a.O. 443). 契約の本文は私がそうであるであろうならば、かつて署名した者が承認するとき、それ自身の一種の人生であり (LORD BECKETT zum Referat von LAUTERPACHT, a.a.O. 444). また「立法の自分勝手に想定された意図に関する完全な非現実性」に対するすべての正当化された非難にもかかわらず「……発生した点は立法が決して考えていなかったものである」ということはじつさに殆んど確実であるといってもいいときである (ebda. S. 435). 当事者が決まっていかなる一致している意見を形成することができなかった点において、契約が虚構された当事者意思をもて支持されることができるといかに少からうとも (ebda. S. 435). このことは双務的契約の際には裁判所の実践に一致する (vgl. VERROSS N. I 36, 245, これは六つの一致する判決を引用している)。ここでは条文の秩序を保つ力の解消に対する疑惑 (vgl. LORD BECKETT a.a.O. 439) は、複数の協定または集团的協定の際と同じようには存しないし、一方において「体系的」解釈の弱点は比較的によりあきびかである。
- (181) それは、LAUTERPACHT (S. 383) が註記しているように、あまりにしばしば文字上の意味と同一である。ところが、LAUTERPACHT (S. 381 ff.) が裁判所の実際からの事例を「(Fall UNO, Recueil 1948, 63 und Fall Lotus, Serie A Nr. 10, S. 16) 証明しているものに、すなわち、争われている章句こそ「それ自体あきらかなもの」としてうごめいて、また、それととも、すべての好ましくない解釈の要求を却下する原理の請求の試みが存立する。HYDE (International Law² II, 1470, zit. nach, LAUTERPACHT a.a.O. 378/9) がこれらの表現を、まずはじめに、それらの「自然的意味」にしたがって価値を承認する評価をすること、また、つぎに、この意義を当事者の意図、あるいは思想と立場と調和させることを無用であり、また、学問的でないと呼んでいるのは正しいことである。

(132) Beispiele bei LAUTERPACHT a.a.O. 426.

(133) LAUTERPACHT ebda, 428, 429. 主要な事例は、*das Avis v. 3.3. 1950 bter. Compétence de l'Assemblée Générale pour l'Admission aux Nations Unies* (C.I.J. Recueil 1950, 7 ff.) である。この思われる「そこにおいて憲章第四条第二項は」UNOへの加入は総会が「安全理事会の推薦に基いてなす」決定によって実現した、というように解釈されるべきであったし、また、この重疊的協働の「あきらかな意味」の承認は、「二つの機関の義務的課題の承認なくして、またそれとともに権利濫用の観点の適用なくしてUNOの本質的加入原理の跛行状態に至らなければならなかった。国際法協同体の多面性である。それゆえ、そのかぎり、ALVAREZとAZEVEDOの分裂してゐる意見は正しう (vgl. unten N. II 137)。」

(134) Recueil des Arrêts, etc., Serie A Nr.23, S. 26, vgl. auch Rousseau (N.I. 34)。

(135) VATTEL, *De l'interprétation*, Bd. I des, *Système du droit int. public* 第七章二六二条のもとにおける彼の始源的な根本理念におおつてあきらかな意義の原則は解釈の恣意を妨げる。あきらかにつねに理性的意味をやはり持つてゐる。「解釈する必要なものを解釈することは許される。」Vgl. D. 32,25,1「言語において二様の意味でないことを言っているとき、質問の意思を許すべきでない」(遺言の解釈に関する個所である)。しかし、あたためることなくして料理する処方は、「その意味が発表され、また、いかなる矛盾にも到るということがないという条件で」VATTELの制限があまりに狭く理解されるならば、現代の解説戦略のつめたい料理にじつに必ず立ち到るのである。

(136) 契約当事者の法律学的後退技術の危険に関する Lord BECKETT (N.II 130)を参照せよ。契約当事者はその資料を難波船の目録として使用するのであるが (S.439) それに反対して裁判所の態度だけが存在するのである。すなわち、「当事者は共通の意図を持つていたか、いなかったかどうか、それは契約の規則を持つていたかどうか、また、現在争点になっている点につき解説を与えることは裁判所の仕事である。」制定法の解釈(法令の解説)に関して歴史的方法に対するフンクロータンの反感は政治的發展を通して条件づけられていて、vgl. unten N. II 146 ff. フンクローは全くその反感はこの法の性質上意味がない。今日の論争の状況のためには WORTHLEY (N.II 102) und LASKI, *Reports on Ministers Powers*, Cmd. 4060 (1932) 135 を参照せよ。

(137) 根本におおつて「このことは何が所謂「解釈の効用」の原理のもとにかくされているかということであり、この原理は、つまりとて「社会的」あるいは「政治的」などの効果価値のメタ・法律学的評価を求めているのである。RIEGER (N.I 119)によつて編成された *Cour Permanente* の判決 (Serie B Nr. 11, A Nr. 29, 22, 23 und 24) を参照せよ。「あきらかな意味」のもつ逃げ道のきまり文句がいかに以上のことの道に立ちかはっているかを、裁判所の姿勢はUNOの加入手続に関する助言的な上述の意見のなかで示している。安全理事会の個々の構成員の拒否権は、つねに行使されているように、実際的に確認される。その理由は、憲章第四条第二項の「一義的」規範は安全理事会の協働する権利の制限と条件に関するいかなる解釈も許容しなかったからである。「これは解釈の基本的原理であり、それによれば、言葉はそれが通常持つであろう意味にしたがつて、また、言葉は不合理、あるいは矛盾した結果にみちびかれないう意味にしたがつて解釈されなければならなう」といふのである。Vgl. schon Serie B Nr.2, S.22 (39), B7, S.20, B12, S.19 und A24, S.13. これは到るに到るで格率がくり返

されるのであり、「完全にきつぱりした」述語にふさわしい条文、あるいは「明瞭さが何も欲することなく完全である」条文に対して「そのままにそれを適用する」裁判所の義務が存立する。——「たとい生起する結果が、……殆んど満足できないと思われることができるとしても(1)」。それに反して ALVARE の他から買取されて恐わされることのないあきらかな批判 (S.16H)。彼は国際的な制度の機能維持に関して条文の神格化と歴史的方法を閉めだそうと欲している。「論文、いちど定立された条文は本来の生命を取得するのであり、また、それゆえ、同時代の生命の存在を顧慮しながら解釈しなければならぬし、また、それらを起草した人々の意図 (2) (C) かくされた」を顧慮することなく解釈しなければならぬ」(S.18)。価値判断をも信義誠実の観点のもとで (1)、さもなくば、権利濫用の観点のもとでつかむことができる器官行為の適法性へ拡張する AZEVEDO, BASDEVANT, VINIARSKI, MCNAIR 及び READ の受容態勢にもかかわらず、裁判所はあきらかな意味の教理を犠牲にして決定することはできなかった。ただし、一面において、このような規約目的の内容的価値判断、他面において、このような拒否権の動機の内容的価値判断は「純粹に法律学的な」尺度を踏みこえたであろうからである。ALVAREZ の、「制度の目的に反していると思われる」各々の結果を「非合理的」と呼ぶ処方は一つの留め金を持つているにすぎない。すなわち、法律家は解釈されるべき条文において確定されていない目的を判断することに召喚されていないと感じているのである。